

法適用通則法における不法行為

——解釈論上の若干の問題について——

中西 康
なかにし やすし

京都市立大学大学院法学研究科教授

はじめに

- 1 不法行為準拠法の決定——不法行為地法主義の緩和
 - 2 特別留保条項の維持——その問題点
- 結 び

はじめに

不法行為に関する法例の規定は11条のみであったのに対して、法の適用に関する通則法（以下では「法適用通則法」）では17条から22条にわたってかなり詳細な規定が設けられた。本稿は、これらの規定について解釈論上問題となる点を取り上げて、大きな改正があったこの分野について、議論の深化をはかるきっかけとなることを目的としている。なお、取り上げる論点としては、改正された新たな規定のために、生じる新たな論点および議論状況に変化が生じる論点を優先的に論じる。検討の際には、従来の裁判例の事案およびその解決を参照して、そのような事案が新规定の下であれば適切な準拠法が適用されるのか、それともなお問題が残るのか、という形での検討をできるだけ行う⁽¹⁾。

一律に不法行為地法主義によっていた法例11条1項に対して、法適用通則法17条から21条においては、個別不法行為類型についての特則、例外条項、当事者自治により不法行為地法主義の緩和がなされた。以下ではまず、これらの規定に関する解釈論上の問題を、それぞれの規定の比較法的な観点からの位置づけ⁽²⁾なども参考にしながら検討する(1)。これに対して日本法の累積適用を定める法例11条2項・3項(特別留保条項)は、学説の批判にもかかわらず、そのままの形で法適用通則法22条に引き継がれた。そこで後半では、22条の

制限的な解釈の試みと、22条の存続が21条までの規定の解釈にどのような歪みをもたらすかを検討する(2)。

1 不法行為準拠法の決定——不法行為地法主義の緩和

(1) 一般則および個別不法行為類型についての特則

(a) 一般則

法例11条1項に対しては、加害行為地と結果発生地が同一の法域に存在しないいわゆる隔地的不法行為において、準拠法が明確に定まらないという批判がされていた⁽³⁾。この批判に対応するため、法適用通則法17条は隔地的不法行為の場合の処理を明確化し、原則としては結果発生地法を準拠法としている。

不法行為法の機能について、加害者の行動の自由の確保という側面と、被害者に対する損害填補あるいは発生した損害の公平な分配という側面のどちらを重視するかで、加害行為地法によるか結果発生地法によるか、立場が分かれてきた。17条の規律は、近時の多数説に従い、民事責任である不法行為法については損害の填補の側面を重視すべきとの立場によるものである。

ただ、損害の填補の面を過度に強調すると、法益侵害の後続損害(間接的・第二次的損害)の発生した地⁽⁴⁾も、そこが損害の填補が行われる中心であるとして、結果発生地に含まれるとする解釈が出てくる可能性がある⁽⁵⁾。しかしながら、17条の「加害行為の結果が発生した地」とは、被害者の権利・法的に保護された利益への侵害が現実が発生した地であり、後続損害(間接的・第二次的損害)が発生した地は含まれないとの、一般の理解に従うべきである⁽⁶⁾。まず、比較法的に見てもこのような理解が一般的である⁽⁷⁾。次に、この理解は、不法行為事件の国際裁判管轄に関する、不法行為地の一般的な理解とも一致する⁽⁸⁾。さらにそもそも、民法における不法行為制度の機能に関する議論を見ると⁽⁹⁾、社会保障制度など他の損失補償制度も視野に入れた、ニュージーランド方式の総合救済システム論も一時有力に主張されたが⁽¹⁰⁾、最近ではまた、不法行為制度に損失の公平な分配・補償にとどまらない意義を認め、当事者間の正義の実現、個人の権利の保障の面を重視する傾向が強まっているようにも思われる。このような傾向からすると、上記の意味に結果発生地を理解すれば、そこへの

連結は、被害者の権利・法益が侵害された地を中心にして、被害者の権利・法益と、加害者の表現や営業の自由などの権利との衡量をはかるものであると説明することができる。

もっとも、人身被害や物的被害を伴うことなく、経済的な損失のみが生じるいわゆる純粋経済損失⁽¹¹⁾の場合、権利侵害があってそこから損害が生じるという図式が当てはまらないようにも思われるので、なお検討する必要があるかもしれない⁽¹²⁾。ただ、純粋経済損失とされる事例にも各種のものがあり、例えば欺罔による契約締結から生じた損失の事例ならば、被害者の一種の自己決定権が侵害されたと捉えられる⁽¹³⁾。純粋経済損失という類型を設けて上記のような結果発生地概念の理解の例外を設けるという一律的な処理をすべきではないであろう。

17条ただし書は例外的に、加害行為の結果が発生した「地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、加害行為が行われた地の法」を準拠法としている。このように予見可能性を結果発生地法適用の要件とする立法例としては、スイスやオランダなどがある⁽¹⁴⁾。この予見可能性の対象は、加害者が当該侵害結果の発生を予見できなかったかどうかではなく、当該侵害結果の発生に関するものである。したがって、加害行為と結果発生との間に介在した事情により、結果が発生した法域に変更があったかが問題である。ところで、そのような状況が生じる典型的事例は生産物責任の事例であるが、それについては18条に特則が設けられている。したがって、一般則である17条が適用される場合で、予見可能性が問題となるケースは、それほど多くは考えられない。また、訴訟においてこの要件はどのように扱われるであろうか⁽¹⁵⁾。もし加害者に、予見不可能であったことの主張・立証責任を負わせるならば、加害者に準拠法の隠れた選択権を与えることになり不当である。したがって、国際私法および外国法の訴訟上の取り扱いに関する我が国における一般論に従い、裁判所の職権により判断される、との理解が妥当であろう⁽¹⁶⁾。

(b) 個別不法行為類型についての特則

法適用通則法は、生産物責任と名誉毀損の2つの個別不法行為類型についての特則を18条と19条に設けた。立法過程においては、不正競争または競争制

限行為と、知的財産権侵害についても特則を設けるべきかが議論された⁽¹⁷⁾。不正競争または競争制限行為については、その行為が効果を及ぼす市場地の法によることが検討されたが、最終的には、特則が設けられないことになった。したがって、17条の一般則が適用され、その際に特定企業のみに向けられた行為か市場一般に関係する行為かを考慮しながら結果発生地を解釈することでの処理が考えられる⁽¹⁸⁾。知的財産権の侵害については、侵害行為がされた地の法によること等が検討されたが、やはり特則が設けられないことになった。最判平成14年9月26日⁽¹⁹⁾は、法例11条により同条の「原因事実発生地」を「本件米国特許権の直接侵害行為が行われ、権利侵害という結果が生じたアメリカ合衆国」であるとして処理している。しかし、当事者の同一常居所地法の優先の可能性を定める20条や当事者自治を認める21条を有する法適用通則法の下では、知的財産権の侵害については17条以下の規定の適用はなく、保護国法主義による処理が考えられる⁽²⁰⁾。

(i) 生産物責任

生産物責任についての特則を定める法適用通則法18条の検討には、この問題に関する諸外国の立場を概観して18条の位置づけを探ることが有益である。生産物責任に関する準拠法決定について、主な立場として3つほど挙げることができる⁽²¹⁾。

① 重点的連結（連結点の集中の手法）。第1の立場は、結果発生地、被害者の常居所地、生産業者の主たる事業所所在地、生産物が取得された地など、様々な要素を考慮に入れて、そのうちのいくつかが集中している地の法を段階的に準拠法とするものである。1973年の生産物責任の準拠法に関するハーグ条約⁽²²⁾がこの立場の代表的なものである。

② 複数の選択肢から被害者に準拠法の選択を認める立場。第2の立場は被害者保護を強調して、例えば生産業者の事業所所在地法と生産物の取得地法のうちから、被害者が準拠法を選択することを認めるものである。被害者は内容的に自分に有利な法を選択することができるため、被害者を実質法的に保護していることになる。製造物責任に関する明文の特則としてこのような立場を採用する立法例としてはスイスやイタリアがあり⁽²³⁾、また特則を持たないが一般

則としていわゆる遍在理論を採用するドイツでもこのような処理になろう⁽²⁴⁾。

③ 市場地法主義。第3の立場はいわゆる市場地法主義とよばれるものであり、例えばオーストリアにおいては、最高裁判所1987年10月29日判決⁽²⁵⁾が生産物責任について、生産物がそこに向けられてそこで取得された市場の法を準拠法として適用している⁽²⁶⁾。

従来、わが国における解釈論・立法論としては、①の立場は複雑すぎて支持があまりなく、②と③のうちでは、③が有力な立場であったが⁽²⁷⁾、②も相当に有力であった⁽²⁸⁾。このような状況で、法適用通則法18条は③の市場地法主義を採用したものであると説明されている⁽²⁹⁾。このことはまず、実質法的に被害者保護をはかる立場(②)を採用せずに、両当事者に中立的な地を探求する方法を選んだことを意味する。選択的連結など、実質的な色彩を帯びた連結方法を採用するにはまず、少なくともわが国において、それによって促進される実質法的政策が一般的なものになっていなければならない。しかし、例えばわが国の製造物責任法は、たしかに法律の目的として「被害者の保護を図」ることをうたっているが(1条)、開発危険の抗弁を認めること(4条)からも明らかのように、被害者保護と製造業者の負担とのバランスをとって、「もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与すること」としている。各国の生産物責任に関する法体系もそれぞれの中で両者のバランスをはかっているものであり、このようなバランスを涉外事案において崩す②を採用するまでの状況にはない。また、関係する諸国の実質法が、例えば、製品の欠陥から生じた存在について被害者の保護をはかるという方向に全体としては動きつつあるものの、自国はすでにそのような立法をしているが、なおその方向での立法がなされていない国もあるという状況であれば、被害者に複数の選択肢を与えることにより、「進歩的な」方向の法が選択肢に入ってそれが選択・適用される機会が増えて望ましいかもしれない⁽³⁰⁾。しかし、生産物責任についてこのような状況にあるかは定かでない。

以上から18条が③の立場によったことは適切であったと考えるが、次に問題となるのは、市場地法主義といっても「市場」の捉え方に様々なものがあり、18条はどのような趣旨からどのように市場を捉えているかであり、このことが

18条に関する個々の解釈論に影響を及ぼすであろう。

まず市場地法主義を、不正競争のように、ある市場における事業者間の競争の平等というようないわば公益的な観点から捉えることも不可能ではない⁽³¹⁾。このような立場からは当事者間の同一常居所地法の優先、附従的連結、当事者自治が排除される可能性もあるが、それは18条の基礎となる理解とは異なるように思われる。

次に、不法行為地法主義、とくに隔地的不法行為における不法行為地の決定との関係で市場地法を考えてみると、加害行為地の具体化として市場地を捉えることもありうる1つの理解であると思われる。つまり、生産業者が生産物を流通に置いた販売地としての市場地が、生産物責任の場合の加害行為地であるという捉え方である⁽³²⁾。この捉え方からは、生産物の取得地というよりも生産業者が流通に置いた地という捉え方になろうか⁽³³⁾、この捉え方も18条の基礎とする捉え方ではないと思われる。まずこの捉え方は、「被害者が生産物の引渡しを受けた地」という18条の表現とずれが生じる。また、一般則を定める17条と生産物責任の特則を定める18条との対比からも、加害行為地の具体化として市場地を捉えるこの理解に18条が基づいているとするのは不自然である。むしろ、18条は市場地を、結果発生地そのものではないがそこから出発して修正を加えた変種と捉えているとするのが素直であると思われる。

では、18条と17条を対比しながら検討してみよう。原則的準拠法から見ると、17条の「加害行為の結果が発生した地」とは、被害者の権利・法的に保護された利益（法益）が侵害された地であるので、18条が連結点とする「被害者が生産物の引渡しを受けた地」は結果発生地そのものではなく、一般則を修正していることになる。甲国で生産された生産物が、被害者により乙国で取得され、丙国で事故が生じたというような設例ならば、17条と比較して18条は、丙国ではなく乙国まで連結点を場所的に引き戻していることになる。なぜ生産物責任の場合、結果発生地では問題なのだろうか。それは、生産物は国際的に移動するものであり、結果が発生する場所は世界中の様々な場所となりうるからである⁽³⁴⁾。極端な事例を考えると、消費者が居住地国で入手した電化製品を携行して海外旅行先で使用したところ、製品の欠陥でけがをしたというような

事例では、結果発生地は全くの偶然でしかない。そこで18条は被害者が生産物の引渡しを受けた地を基準とした。この地は、場所的観点からみると、生産業者からも被害者からも両者の接点でありいずれにも中立的である⁽³⁵⁾。また生産業者からすると、生産物の安全基準については当該生産物の市場地における基準にあわせているはずである。さらに、被害者としてもこの地の法の適用を期待すべきであるし、またその法が適用されても文句は言えないと考えられる。なぜなら、この地(上記設例の乙国)ではなく別の地(丙国)で結果が発生したのは、生産物を被害者が支配下に置いている状況でのことであって、被害者の問題であるからである。18条が、被害者が生産物の引渡しを受けた地を原則的準拠法としているのは、このような考慮から、つまり結果発生地法を出発点としてつづそれに一定の修正を加えたものといえる⁽³⁶⁾。ところで市場地は条文上、「国際私法の現代化に関する要綱」(平成17年9月6日法制審議会総会決定)までの段階では、「生産物が取得された地」という表現であったが、「法の適用に関する通則法案要綱」以降、「被害者が生産物の引渡しを受けた地」という表現になっている。この変更の経緯は定かでなく、いわゆる市場地法を準拠法にするとの規定の趣旨に変化はないと思われるが、被害者が生産物の所有権を取得した場合に限らず、リースやレンタル等の場合も含まれることが、「引渡しを受けた」という表現ではより明確であろう。結果発生地が偶然となりうるので被害者と生産業者との接点の方が連結点として望ましいという事情は、被害者が生産物の所有権を取得したか、単に貸借して占有だけを取得したかで変わらず、いずれにせよ、被害者は生産物を支配下に置いてその行き先をコントロールできる立場にある。

次に、18条は17条と同様に、原則的準拠法の適用に予見可能性要件を課している。前掲注⑧・⑨とその本文のような市場地法主義の理解ではなく、18条はその文言からすると、被害者による生産物の取得に着目して市場地を捉えているため、中古品の場合など、生産業者が当初生産物を流通に置いた市場とは別の市場で被害者に引き渡されることがありうる。18条が、その地での引渡しが通常予見可能であることを要件としているのはこのような場合に対処するためであると考えられる。この予見可能性は17条と同様に、事故が発生するか自体

ではなく、引渡しを受けた地がどこかについてのものであるが、問題となっている生産物の種類等に応じて、生産業者がどの範囲の国まで市場として予定することが客観的に求められるかは決まるであろう。例えば、甲国で新車として販売された車が中古車として輸出されて乙国で被害者が入手した場合、このメーカーのこの車種の車について乙国に中古車市場があることが知られていたならば、この中古車市場が存在することで将来の高い下取り価格が予想されることが甲国での新車販売にとってメリットになる。したがって、乙国での引渡しについて予見可能性ありとしてよいだろう⁽³⁷⁾。なお、この予見可能性について、「生産業者等の同意なしに当該取得地で流通したことの証明があれば、例外を認めてよい」との見解がある⁽³⁸⁾。諸外国でもスイスやイタリアはこのような規定ぶりであるが⁽³⁹⁾、これらの国は上記②の立場で被害者保護を実質的にはかっているので、ここでバランスをとっているとも考えられる⁽⁴⁰⁾。これに対して法適用通則法18条は、実質法的な被害者保護を図らずに抵触法的に両当事者にとって場所的に中立的な法を準拠法にしており、むしろ逆に22条による日本法の累積適用により生産業者側が実質的に保護されているから、これ以上、生産業者等の保護になるように予見可能性要件を解釈する必要はない。

最後に18条は、予見不可能であった場合に例外的に、生産業者等の主たる事業所所在地法を準拠法とする。これは、対応する17条の一般則の加害行為地を、生産物責任の場合について具体化・明確化したものに過ぎないと捉えることができる。たしかに、生産物責任の場合に加害行為地は実際の製造地、販売地などさまざまに考えることができるが⁽⁴¹⁾、製造地についてはそこでの具体的な製造ミスよりも設計のミスが問題であることもあろうし、そもそも欠陥のある製品を市場に投入するという意思決定がされてはじめて不法行為が行われたとも考えられるのであるから、そのような意思決定のなされる、生産業者等の本店所在地が生産物責任の場合には加害行為地であると捉えることができるであろう⁽⁴²⁾。

以上、規定の趣旨から出発して18条が用いている各種概念の解釈について検討してきたが、同条については人的な適用範囲も大きな問題である。すなわち、いわゆるバイスタンダー (bystander) に同条の適用があるかである。例えば、

メーカーPが甲国で生産したバスを、Aが乙国で取得し、事故が丙国で発生したとする。丙国でたまたま事故に巻き込まれた歩行者B、Aの従業員でバスに乗務していたガイドまたは運転手であるC、バスの乗客D、それぞれからPへの請求の扱いについて見解が分かれよう。この処理は立法過程において議論はあったものの、最終的には規定を置かずに解釈に委ねられた⁽⁴³⁾。以下、B、C、Dに分けて、18条が市場地を原則的準拠法とした趣旨と同条の文言から出発して検討する。

本来、バイスタンダーとして典型的に想定されていたのは、結果発生地でたまたま事故に巻き込まれたBであろう。生産物責任について特別(135条)を有するスイスの議論を見ると、コーヒーメーカーが喫茶店で爆発してそこに居合わせて巻き込まれた喫茶店の客というような例を挙げて、バイスタンダーも135条の適用範囲に含まれるとする見解の方がどちらかという多数説のようである⁽⁴⁴⁾。そこで挙げられている理由の1つは、このようなバイスタンダーを生産物の取得者と異なる扱いをしてバイスタンダーからスイス国際私法135条1項の定める準拠法の選択権を奪う理由はないというものである。しかしながら、この理由付けにも現れているように、上記②の立場を採用するスイスなどとはわが国は状況が異なる⁽⁴⁵⁾。③の立場を採用し、かつ市場地を上記のような意味で捉えている法適用通則法18条の趣旨の1つは上記のように、生産物を通じて生産業者と被害者が接触した中立的な接点が市場地であることであった。しかし、Bは事故により初めて生産物および生産業者Pと接点を丙国で持ったのであり、自分とは関係のないAによる生産物の取得地である乙国(Bから見ると丙国よりも自分から遠い地)を基準とされる理由がない。また条文の表現も、被害者が引渡しを受けた地となっており、Bは「引渡し」を受けてはいないから、18条が適用されないといえる。したがって、結論として、BからPへの請求には18条の適用はなく17条によるとの多数説を支持する⁽⁴⁶⁾。

では、バスはAが取得したものであるから、Bと同様に、Aの従業員Cにも18条が適用されないのだろうか。しかし、Bとは違って、Cはたまたま丙国で事故に巻き込まれたのではない。むしろ、Aの従業員としてAに従属すると考えることができる。この点、Aの同居家族も同様である。したがって、Cから

Pへの請求には18条の適用があり、その際にはAが引渡しを受けた乙国法が準拠法となると解することができる⁽⁴⁷⁾。

最後に、乗客Dの扱いは微妙である。Bと違って事故以前に生産物との接触がなかったわけではないが、Cのように実際に引渡しを受けたAに従属するとは言いがたい。生産物に乗車した地が生産業者との中立的な接点であり、乗車したことも「引渡し」を受けたことに含まれると広く解釈することは不可能ではないのかもしれない⁽⁴⁸⁾。しかし、生産物をコントロール下に置いて、被害がどこで生じるかをコントロールしているとまでいえないので、やはり18条ではなく17条により、事故の発生した丙国法によるとすべきであろう。

(ii) 名誉毀損

「他人の名誉又は信用を毀損する不法行為」についての特則を定める法適用通則法19条についても、18条と同様に、この問題に関する諸外国の考え方から19条の比較法的な位置づけを行い、それにより19条の趣旨を検討し、同条の個々の解釈問題を考えていくのが有益であろう。19条は被害者の常居所地法を準拠法としているが、名誉毀損の結果発生地がどこであると捉えるかにより、同条の理解は異なりうる。マスメディアによる名誉毀損の場合の準拠法選択および国際裁判管轄に関して、結果発生地がどこであるかについてなされていた議論は、大きく2つに整理することができる⁽⁴⁹⁾。

① 名誉という人格権への無形の精神的な損害が問題となっているのであるから、被害者の常居所（または住所）でのみ侵害の結果は発生するとの理解⁽⁵⁰⁾。この理解からは、新聞などが頒布された地は結果発生地ではないことになる。

② 名誉の毀損という結果は、被害者の常居所ではなく、新聞や雑誌による場合であれば個々の頒布地において発生しているとの理解。この②の理解は、頒布地が複数の場合の処理についてさらに分かれる。主たる結果発生地である頒布地のみが全体について準拠法決定や裁判管轄について基準となるべきであるとの理解(②-1)もあるが⁽⁵¹⁾、頒布地毎に複数の不法行為が存在すると捉えて当該頒布地で生じた損害についてのみ当該頒布地は基準となるとの理解(②-2)。いわゆるモザイク理論)もある⁽⁵²⁾。

立法過程においては、モザイク理論(②-2)は、準拠法の適用が煩瑣に過ぎ

ることを理由に、批判的な見解が当初から多数であった⁽⁵³⁾。したがって、19条の特則が設けられた趣旨は第1に、特則を設けなければ17条の一般規定によりモザイク理論的処理の可能性が生じるが、そのような可能性を排除することである。

では、被害者常居所地法を準拠法とする19条は上記①の理解に基づいているのであろうか。19条は②-2を排除したことは条文上明らかであるが、①か②-1かについてははっきりさせているわけではない。むしろ、②-1の理解に19条はよっていると考えるべきであろう⁽⁵⁴⁾。この理解は、名誉毀損事件の国際裁判管轄に関する議論において、不法行為地管轄の結果発生地としては①のように被害者常居所地が結果発生地であると考えよりも、新聞などによる場合なら②-1のように頒布地が結果発生地であると考えの見解が多数であることとも整合的である⁽⁵⁵⁾。19条が②-1の理解に基づいているとすると、同条の趣旨は、名誉毀損の場合に加害行為の侵害結果は複数の国で生じうるが、通常最も重大な結果が発生しているのは結果発生地のうちの被害者常居所であるから、それを準拠法としたものと説明できる⁽⁵⁶⁾。そうすると19条は、不法行為地法主義に基づいている17条の一般則の原則的連結点である結果発生地を、名誉毀損の場合に明確化したものであり、それと別の原理に基づいているわけではない⁽⁵⁷⁾。

以上のように19条の趣旨を理解すれば、次のような処理も許されるのではなかろうか。被害者常居所地法主義に対して、例えば有名人に対する名誉毀損の場合に税金対策その他の理由から意外な国に常居所がある場合があるが、そのような常居所地国(A国)を基準とすることが果たして妥当であるかという批判がある⁽⁵⁸⁾。このような有名人に対して新聞や雑誌記事で名誉毀損がされた事例で、被害者の意外な常居所地国であるA国での頒布はゼロまたはごくわずかな場合であれば、複数の結果発生地のうちで通常最も重大な結果が発生しているのは被害者常居所であるからそれを準拠法としたという19条の前提が満たされていない。したがって、被害者常居所地法(A国法)によるべきではない⁽⁵⁹⁾。A国法によらないとして、頒布地(結果発生地)がB国、C国、D国であった場合、B国、C国、D国で発生した結果ごとにそれぞれモザイク的にB国法、C

国法、D国法を準拠法とするのは、モザイク理論を排除するという19条の趣旨に反する。そこで、B国、C国、D国のうちから最も重大な結果が発生している国を1つ選び、それが全体について準拠法となるとする。以上のような処理が、19条の趣旨にかなった処理であると思われる。

さらに19条に関しては、プライバシー侵害とパブリシティ侵害について、その適用範囲が問題とされている。19条は「名誉又は信用の毀損」との文言を用いている。名誉とはわが国の実質法においては、「人格権としての名誉権」として捉えられ、「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価」であると定義されている⁽⁶⁰⁾。なお、信用もはじめから名誉の中に含まれて考えられている。これに対してプライバシーについては、東京地判昭和39年9月28日⁽⁶¹⁾では、「いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」として、いわゆる人格権に包摂されるものとされ、その後の学説では自己決定権的理解が有力になっているが、いずれにせよ、名誉が人の社会的評価の問題である点で、プライバシーとは異なったものとされている⁽⁶²⁾。では19条はプライバシー侵害には適用がないのであろうか。しかしながら、プライバシーは人格権の1つという点で名誉と共通すること、同一の行為が名誉毀損と同時にプライバシー侵害であるとされることも多いこと、立法例を見ても名誉毀損とプライバシー侵害はともに規定されることが多いことから、プライバシー侵害も19条で処理すべきであると考えられる⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾。

次に、人が経済的価値を持つ自己の肖像等の使用をコントロールする権利はパブリシティ権とよばれ、無断で肖像等を宣伝広告に使用する行為に対して損害賠償などが認められるようになっていく。わが国では、東京地判昭和51年6月29日⁽⁶⁵⁾がパブリシティ権を実質的に認めた最初の裁判例として知られる。この判決は準拠法に言及していないが被害者は外国に常居所があると思われるので渉外的事案であった。このほかに、東京地判昭和55年11月10日⁽⁶⁶⁾も同種の渉外事案であり、また東京地判平成10年1月21日⁽⁶⁷⁾は、世界的に著名な英国のロックグループのグループ名や写真等を掲載した書籍を日本のラジオ局等が無断で出版したことがそのパブリシティ権を侵害するとして、損害賠償お

よび当該書籍の販売の差止め等の請求が一部認容された事例である。パブリシティ権侵害については、市場の横取りという側面もあるので19条ではなく17条によるべきとの主張がある⁽⁶⁸⁾。この主張についてまず、国内法上の議論を参考にしてパブリシティ権の法的性質・法的根拠から考えると、パブリシティ権をプライバシーなどと同様に人格的利益であることから基礎づける見解と、顧客吸引力など経済的な側面から基礎づける見解が対立している⁽⁶⁹⁾。19条の適用がないと上記の見解は、後者の側面を重視するものと捉えられるが、わが国でもまた比較法的にも、パブリシティ権についてはいずれの性質から捉えるべきか対立があるところであるから、この点だけでは必ずしも決め手にならない。むしろ、19条によれば一元的に被害者常居所地法に連結されるのに対して、17条によるならば問題となっている市場毎にモザイク的な連結をする可能性が生じるという点に着目すべきである。もしパブリシティ権侵害が、1つの行為で市場(法域)毎に複数の別個の不法行為が発生していると捉えざるを得ないのであれば、19条の適用がないとする上記見解が支持される。しかし、19条は信用毀損も適用範囲に含んでいて経済的利益が問題となっているだけでは信用毀損との区別を説明するのは難しいこと、1つの準拠法に一元的に連結されるので違法性などの評価の基準は一律に判断されるが市場毎に複数の損害が発生しているのでそれぞれの市場毎に損害を算定すると考えればよいと思われること、パブリシティ権侵害を理由に損害賠償を請求するような事案でも名誉毀損も同時に請求されて慰謝料が求められることが多いことからわかるように人格的利益の側面もやはり否定しがたいこと、これらの理由から19条の適用範囲に含まれると考えたい⁽⁷⁰⁾。

(2) 不法行為地法主義の例外

不法行為地法主義を出発点とした以上のような17条から19条の規定に対して、20条と21条は不法行為地法主義とは別の観点から、例外を定めている。

(a) 例外条項

法適用通則法20条はいわゆる例外条項(回避条項)であり、17条以下で定まる本来の準拠法よりも個々の事案において明らかにより密接な関係がある法が

存在する場合に、それを本来の準拠法に代えて適用するものである。いわゆる最密接関係地法原則に基づいている点では17条以下と20条とで違いはないが、17条以下が典型的に最密接関係地法を採求するのに対して、20条は個々の事案において例外的にそれを採求し、法的安定性・予見可能性をやや後退させる代わりに具体的な準拠法の妥当性にも配慮している。

20条は例外条項が発動される場合として、「不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと」と、「当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたこと」の2つを例示している。立法過程においては、要綱中間試案段階までは、これら2つはそれぞれ独立の特則として17条から19条で定まる準拠法に優先するものとして検討されていた⁽⁷¹⁾。しかしその後、これら2つの特則は必ずしも常に妥当な結論となるとは限らないことなどを理由として、20条の例外条項発動の考慮要素へと組み込まれた。しかし、そのようにした理由として、複数当事者中の一部の者の間についてのみ同一常居所地法がある場合等は、統一的な紛争処理の要請に反する結果となるという点が挙げられているが⁽⁷²⁾、不法行為は債権の問題で二当事者間の問題であるから準拠法も当事者間毎に決定すべきであり理由にならないと考えられる⁽⁷³⁾。また、これら2つの特則が独立の規定とされてもさらに例外条項が問題となるとの理由については、確かにそうではあるが、これらの事情は17条から19条の例外として取り出せる典型的に想定される事情であり、もしそのような特則を設ければ、20条の例外条項の守備範囲は真に個別的な例外的な事情への対応だけに限定して、準拠法決定をより安定化することができたはずであると反論することができる。以上から、独立の規定とする方が望ましかったと思われる⁽⁷⁴⁾。20条の解釈としても、以下で検討する2つの事情については、それが存在すればそれだけで20条が原則として発動されると解すべきである。以下では、この2つの事情について順に検討する。なお、同一常居所地を有する当事者間の既存の契約義務の違反から生じた不法行為の場合で同一常居所地法と契約準拠法が異なる場合には、原則として契約準拠法への附従的連結が優先すると考えられる⁽⁷⁵⁾。

第1に、不法行為の両当事者に同一常居所が存在する場合に、それが不法行

為地に優先することは、比較法的にも最近の多くの立法で採用されているが⁽⁷⁶⁾、常居所地法は「当事者双方の社会生活の基礎となる法律」、「当事者双方に密接に関係する地の法律」であり、当事者の同一常居所地法の適用は「当事者の利益にかなうとする考え方」を基礎としていると説明されている⁽⁷⁷⁾。

ところで、連結点としての常居所は、平成元年改正前はハーグ条約を国内法化した遺言の方式の準拠法に関する法律2条や扶養義務の準拠法に関する法律2条において用いられていた。これが平成元年法例改正により法例14条から16条、21条に段階的連結の第2順位として用いられるようになっていたが、法例中では婚姻・親子法の部分でのみ用いられていた。ところが、法適用通則法においては、8条2項、11条、15条、18条、19条、それにこの20条など、財産法関係でも広く用いられるようになった。すでに平成元年法例改正時に、ハーグ条約において用いられている常居所概念が多義的・多機能的であるとの指摘があった⁽⁷⁸⁾。このような指摘も参考にすれば、法適用通則法において新たに用いられるようになった財産法関係における常居所概念は、従来用いられていた身分関係における常居所概念とは異なるという理解もありえよう。しかしながら、諸外国を見てもスイス国際私法は20条に統一的な常居所の定義を有し⁽⁷⁹⁾、ドイツでも不法行為法独自の常居所概念ではなくて国際私法全体に統一的な概念であるとの理解が多数であるように思われる⁽⁸⁰⁾。概念の相対性とはいつても、同一の法律中の概念は基本的に同内容と理解するのが原則であるように思われ、このような統一的な理解が基本となるのではなかろうか。むしろ今後の展望としては、身分関係を念頭に置いてやや厳格に理解していた常居所概念を、財産法関係も視野に入れて全体的により緩やかに捉えるという方向が考えられる⁽⁸¹⁾。

従来の裁判例でも、日本居住の日本人同士が海外で事故にあったという事案がいくつかあり、この種の事案は今後は同一常居所地が日本として20条が発動されて、日本法が適用される処理が正当化されることになる⁽⁸²⁾。また逆に、海外からの旅行者・留学生・労働者同士が日本で事故に巻き込まれる事案も今後増えるだろうが、短期旅行者同士の場合にはやはり20条の発動が問題となるであろう⁽⁸³⁾。

第2に、不法行為が、当事者間の契約上の義務違反である場合には、不法行為についても当該契約準拠法によることは、当事者間に特別の関係が存在してその関係と関連して不法行為が生じた場合に、不法行為準拠法を当事者間のその関係の準拠法によらせるもので、いわゆる附従的連結である。これも比較法的にも最近の多くの立法で採用されているが⁽⁸⁴⁾、「当事者の予見可能性を確保し、その合理的な期待にかなう結果を導くことができる」と、「当事者間の請求権について生じ得る適応問題を回避することができる」ことが、その採用の理由として挙げられている⁽⁸⁵⁾。この附従的連結については、附従的連結される関係としてどのようなものまで含めるか(①)、その関係と不法行為の間にどの程度の結びつきを必要とするか(②)、以上の2点が問題となる。20条の表現は、①は「契約」に限っており、②は不法行為が契約に基づく「義務に違反」していることを要求している。いずれも、比較法的に見て附従的連結がなされる場合が限定的である。例外条項発動の考慮事情の1つとして組み込むのであるから広めにしておいてもかまわないという考えもあり得たと思われるが、このように限定したのは逆に、「例示として一番堅い事例を掲げた」⁽⁸⁶⁾ということのようである。①については、文言上は契約のみであり、家族法上の法律関係は含まれないことになる。しかし、例えば後見人が被後見人の財産に関して後見人としての義務に違反するような管理を行った場合などを考えると、特に20条の発動を否定する理由はなく、どの程度の関連が必要であるかという②を問題とすればよいと思われる⁽⁸⁷⁾。また、いわゆる契約締結上の過失の問題も、当事者間の契約が有効であることを要求するなど①で限定するのではなく、いわゆる契約締結上の過失と呼ばれる問題を場合分けしてそれぞれについて次の②の点を問題としていくという処理が適切であると考えられる⁽⁸⁸⁾。

このようにして、附従的連結がなされるかの判断に際しては②の要件がより重要であると思われる。この点、20条は当事者間の契約に基づく「義務に違反して」という文言を用いて手堅く行こうとしているが、実はそれでも、あまり明確になっていないのではなかろうか。

では②に関して立法例等を見てみよう。法適用通則法20条の文言に類似して附従的連結を認める範囲が狭い方向のものとしては、ドイツ国際私法会議に

においてヴェルナー・ローレンツの提出した鑑定意見における附従的連結の規定があり、当事者間に「契約または法律に基づく法律関係が存する場合において、侵害事実がその法律関係より生じた特別の義務への違反に基づいているとき」という要件を課している⁽⁸⁹⁾。また、スイス国際私法133条3項は「不法行為が加害者と被害者の間に存する法律関係を侵害するとき」としており、条文の表現上はこの方向であると言えよう。とくに、その立法理由書には「損害発生が、同時に、損害発生以前に存在していた法律関係に基づく権利義務を侵害するのであれば」(下線部筆者)という表現があり⁽⁹⁰⁾、この点を強調すればまさにこの方向になる⁽⁹¹⁾。

他方でより広く附従的連結を認める方向のものもある。例えば、ドイツ国際私法会議では上記のローレンツの鑑定意見は狭すぎるとして採用されず、実質的関連がある場合でよいとされ⁽⁹²⁾、「両当事者間に当該債務関係と関連する」特別の法的または事実的な関係がある場合に附従的連結がされるとする、現在のドイツ民法施行法41条2項1号⁽⁹³⁾に至っている。また、スイス国際私法についても立法理由書には、「密接な実質的結び付き、内的な牽連性が要求される」との表現も存在し、この点を強調すればこちらの方向に解釈される。

法適用通則法20条は前者の方向で、附従的連結される基本関係と不法行為の結びつきを明確に緊密なものを要求しようとしている。しかし、例えば労働災害の場合、この問題を雇用契約上、安全配慮義務が存在して、その違反と捉える実質法もあれば、不法行為法の問題として処理する実質法もある。契約に基づく「義務に違反して」という要件の判断を、当事者間の雇用契約の準拠法を決定して、その準拠実質法上、当該事案において契約上の義務があるとされるならば上記要件が満たされて附従的連結がなされるが、契約上の義務がないとされるのであれば要件が満たされず附従的連結がなされないというようにするならば、困難な法性決定や適応問題を回避するという附従的連結の趣旨にまさに反することになる⁽⁹⁴⁾。したがって、契約に基づく「義務に違反して」という要件は国際私法独自の立場から考えていくほかなく⁽⁹⁵⁾、結局は「実質的関連」があるかという上記の後者の方向へと向かわざるを得ない。今後は、個々の問題毎にこの要件の明確化をはかっていくことが課題となろう。

(b) 当事者自治

法適用通則法 17 条から 20 条までは最密接関係地法原則に基づいているのに対して、21 条は不法行為の両当事者による主観的な法選択を認めており、当事者自治という別個の原則に基づいている。ただし構成としては、17 条以下により客観的に不法行為発生時点で定まる準拠法の事後的な変更という形になっている。

この規定に関しては、合意の要件について解釈論上の問題が存在する。まず、合意を明示のものに限定すべきとの見解も存在するが⁽⁹⁶⁾、準拠法についての黙示の合意から仮定的な意思の探求を除外すると考えるのであれば⁽⁹⁷⁾、特に契約と異なる解釈をする理由はなく、黙示の合意も認められてよい⁽⁹⁸⁾。不法行為発生後の事後的な合意に 21 条は限っているのであるからなおさらである⁽⁹⁹⁾。ただし具体的な処理としては、訴訟中における当事者の行動から日本法への準拠法変更の合意があったと認定することには慎重さが求められる。なぜなら、そもそも外国法が準拠法となりうることについて認識していなければ、日本法を当然の前提とした訴訟行動に日本法へと準拠法を変更する意思を見出すことはできないからである⁽¹⁰⁰⁾。ついで、詐欺や錯誤などの準拠法選択の意思表示の瑕疵を理由とする、合意の内容的有効性の問題については、契約の場合について国際私法独自説と選択された準拠法による説が対立して私見は後者によるが⁽¹⁰¹⁾、不法行為に関する 21 条について別段の考慮は必要ないだろうか。この点、ドイツ民法施行法 42 条に関しては、契約の場合に選択された準拠法による説の主な根拠であった、主契約と準拠法合意とで有効性の判断基準となる法の一致をはかる必要性が不法行為についてはないという理由で、不法行為に関しては法廷地法説を主張する見解も存在する⁽¹⁰²⁾。しかしながら、不法行為発生後、加害者と被害者が準拠法を合意して同時に実質法的にも和解する事例を考えると、契約と異なる考えをとる必要はないだろう。

次に、合意をなしうる当事者に関しては、不法行為の加害者および被害者のみで、例えば、被害者の有する損害賠償請求権を保険代位によって取得した保険会社は合意をなしうる当事者に当たらないとの整理もなされている⁽¹⁰³⁾。しかし、この例の保険会社や債権譲渡を受けた新債権者にも、法選択合意の実益

があり⁽¹⁰⁴⁾、また法律構成としては準拠法合意をなし得る地位の部分については債権に伴って新債権者に移転していると説明すればよいので、これらの者も合意ができると考えるべきである。

21条ただし書は、準拠法変更が第三者の権利を害することとなるときは、変更をその第三者に対抗することができないと規定する。ここで保護される第三者として考えられている典型的な者は、加害者の責任保険を引き受けている保険会社である⁽¹⁰⁵⁾。

最後に、21条は表題が「当事者による準拠法の変更」であって、「不法行為の後において」準拠法を「変更することができる」としており、事後的な合意のみに限る趣旨は明らかである⁽¹⁰⁶⁾。その理由として挙げられているものは、第1に、ドイツ、スイス、韓国、EUなどの諸外国の立法例が事後の合意に限っていること、第2に、一方当事者に有利な準拠法の指定のおそれがあること、第3に、附従的連結で足りることであった。しかしながら、これらについては反論もありうる場所である⁽¹⁰⁷⁾。第1点は、スイス、韓国はそもそも法廷地法の選択しか認めていないので事前の合意を認めないのは当然であり、ドイツは法適用通則法21条と同様の規定であるが、明文の規定に反して解釈論で事前の合意を認める説もかなり有力である⁽¹⁰⁸⁾。EUのローマII規則については、要綱中間試案補足説明当時に参照された当初の提案では確かに事後の合意に限っていたが⁽¹⁰⁹⁾、その後方針が変更されて、成立したローマII規則14条1項では事前の合意も認めている。第2点は、成立したローマII規則14条1項b号のように、事業者間の合意に限定するならば、問題はないであろう。これらの理由を挙げて、事業者間での事前の合意について、21条の禁止は及ばないと見て合意の効力を認めるか、20条により合意された法の適用を認めることも検討されてよいのではなかろうか、とする見解もある⁽¹¹⁰⁾。しかしながら、不法行為準拠法の事前の合意に関する需要が果たしてあるのか⁽¹¹¹⁾、事業者間に限定するなどの明文の規定による要件整備なしに認めるのは逆に問題が生じるのではないか、反論はあるにしてもやはり基本的には附従的連結で足りるのではないか⁽¹¹²⁾、いずれにせよ次の22条の問題をクリアーする必要がある、などと考えていくと、明文の規定に反する解釈を行うまでの理由はないと思われる。

2 特別留保条項の維持——その問題点

法例11条に対する批判のうち、隔地的不法行為の場合の処理が明確でないことと、不法行為には多様な事件類型が存在するのに一律に不法行為地法主義によっていることという2点の批判に対しては、上述の通り、法適用通則法では対応がなされた。

しかしながら、不法行為の成立と効力について日本法の累積適用を定める法例11条2項・3項のいわゆる特別留保条項については、法適用通則法22条に維持されることとなった。特別留保条項に対しては、学説はほぼ一致して立法論的に批判してその削除を主張していた⁽¹¹³⁾。また比較法的にも、従来同様の立場であった英国法（いわゆるダブル・アクションビリティ・ルール）も1995年の改正で、表現の自由に配慮して名誉毀損についてこのルールを残したほかは廃止している。またドイツも従来の民法施行法38条を、1999年の改正で、アメリカ法の懲罰的損害賠償を主として念頭に置いてその適用を阻止するためのような規定に限定している（民法施行法40条3項）。さらに、内国法の累積適用を定める場合でもスイス国際私法のように、不法行為一般ではなく生産物責任など特定の事件類型のみに適用分野を限定している（生産物責任に関するスイス国際私法135条2項など）。したがって、法適用通則法22条における特別留保条項の維持は疑問であり、引き続き、その縮小的解釈が試みられるべきである。さらにそれだけでなく、17条から21条における不法行為の準拠法決定の現代化の努力を22条は台無しにする危険があり、従来の法例11条1項の下での同条2項・3項による日本法の累積適用よりも弊害が大きい。以下ではこの順に22条の解釈論を検討する。

(1) 22条の制限的解釈

従来、法例11条2項・3項については、それぞれ、その適用範囲を次のように限定的に解釈することができないかが議論されていた。まず、不法行為の成立に関する法例11条2項については、解釈論的には不法行為の成立要件一般について日本法が累積適用されると解さざるを得ないとする多数説に対して、そ

こでの「不法」の意味を、主観的違法性(故意過失)に、あるいは違法性一般に、限定するとの少数説があった。次に、不法行為の効果に関する法例11条3項については、やはりここでも不法行為の効力一般について日本法が累積適用されると解さざるを得ないとする多数説に対して、そこでの「損害賠償其他ノ処分」を、金銭賠償や謝罪広告などの損害賠償等の方法のみを指すと限定する少数説があった。

法例11条2項・3項についてのこれらの少数説⁽¹¹⁴⁾は、法適用通則法22条1項・2項についても引き続き主張することができる。しかし、これらの少数説の問題点は、たしかにそれは文理解釈としては無理ではないかもしれないが、その制限的解釈の試みがその意図するところとずれてはいないかという点にある。つまり、一般留保条項で十分に対処できるから特別留保条項は不要であるという立法論的主張を前提に、特別留保条項を制限的に解釈しようとしているのであるから、わが国の不法行為法全体ではなく涉外事案でも譲ることのできない基本的な部分のみに法適用通則法22条による累積適用を限定するというのが、この少数説の本来の意図であろう。しかし、1項について不法行為の成立要件のうち主観的違法性あるいは違法性一般だけがそのような中核的部分に当たるかは疑わしい。2項についても、準拠外国法の命じる賠償額が異常に高額である場合などを考えると、損害賠償等の方法のみがわが国の不法行為法の中核部分であるかは疑わしい。

むしろ、この方向で考えるのであれば端的に、わが国の不法行為法のうちの核心的部分で国際的場面でも貫徹することが求められる規範のみが累積適用されるとする解釈が考えられる。このような限定は、特別留保条項を維持するメリットとして、懲罰的損害賠償を認めるアメリカ法の適用を一律に排除することができるという議論がなされていたことを⁽¹¹⁵⁾、根拠とすることができようか。

あるいは別の方向からの限定としては、わが国と事案との十分な内国関連性が存在しない場合には、特段の事情があるとして22条にもかわらず、日本法を累積適用しないとの解釈も考えられる。この限定は、22条の表題が「不法行為についての公序による制限」であることを根拠とすることができようか。い

ずれにせよ、全面的かつ常に日本法が累積適用されると22条を解釈するのではなく、一般の公序条項である42条の適用要件と同様に解釈していく方向を追求すべきであろう⁽¹¹⁶⁾。

(2) 22条のもたらす歪み

22条が存置されたことにより、17条以下の解釈論に対して本来あるべきでない歪みもたらされるおそれがある。例えば、17条の結果発生地や、20条の両当事者の常居所などの連結点を個別事案において裁判所が認定する際に、いずれにせよ22条で日本法が累積適用されるのであるから、17条以下の連結点を日本にあると認定することで日本法だけを適用することにして、事件処理を簡略化しようとする誘惑がないとは言えないであろう。この点は従来から法例11条の原因事実発生地についてもありえた問題であるが⁽¹¹⁷⁾、今後は詳細になった17条以下の規定の様々な連結点について問題となりうる。

22条がもたらす問題点はこれだけではなく、新設の20条と21条の趣旨を没却するおそれすらある。まず、21条の当事者自治との関係では次のような問題がある。不法行為準拠法を事後的に変更した両当事者は、変更した新準拠法を前提として紛争解決を図ろうと考えたはずである。にもかかわらず、さらに日本法が累積適用されるというのは、両当事者の合理的な意思・期待に反するのではないか⁽¹¹⁸⁾。

また、20条のうちの、附従的連結との関係では次のような問題がある。A企業とB企業が取引を行おうとしているとする。この契約の準拠法を両者は甲国法と合意した場合（法適用通則法7条）、この契約から生じうる責任について附従的連結により、たとえ不法行為と性質決定されても契約準拠法である甲国法で一元的に処理されることをABは期待しており、またそれが附従的連結の趣旨でもある。ところが、後日紛争が生じてAがBをわが国の裁判所に提訴して裁判が行われたとする。そこでは、確かにAの請求のうち契約と性質決定されたものについては甲国法が適用される。しかし、不法行為と性質決定されたものについては、附従的連結による甲国法に加えて、22条により日本法が累積適用される。この結果、全体について甲国法による一元的な処理がなされない。

この帰結は、A Bの当初の期待に反し、また附従的連結の趣旨を没却するもので、まったく不合理である。この不合理な帰結を避けるために考えられる解釈としては、この場合には22条による日本法の累積適用がないとする解釈⁽¹¹⁹⁾のほか、全体を契約と性質決定することで22条の適用を回避すること、すなわち契約への一体的法性決定説⁽¹²⁰⁾を引き続き主張することである。しかし、この説は附従的連結を定めていない従来⁽¹²⁰⁾の法例11条の下で附従的連結と同様の結論を導くためのものであったのであり、この説を引き続き主張することは、法適用通則法20条に附従的連結が定められた趣旨からややずれるものであろう。

この関連で実務的には、上記の事例で企業Aが外国企業で企業Bが日本企業という場合を考えると、合理的な行動をする外国企業Aであれば、上記の帰結は自己に不利であると考え、したがって契約交渉において日本企業Bに対して、外国裁判所を専属裁判所とする国際裁判管轄の合意か、仲裁合意を挿入することを要求して、日本の裁判所での裁判を回避して22条の適用を排除することを求めてくるであろう。このように、わが国の経済界が削除に強く反対して維持された特別留保条項である22条は逆に、日本企業にとって望ましくない帰結をもたらすと思われる。

結 び

最後に、以上のように検討してきた、不法行為に関する法適用通則法17条以下の解釈論について、17条から19条、20条と21条、22条の大きく3つに分けて、議論を再度整理しながら、今後のさらなる議論に対する方向性を示して結びとする。

まず17条の一般則と18条・19条の個別不法行為類型2つについての特則については、17条が不法行為地法主義に基づいていることは明らかであるが、私見によれば、18条と19条についても不法行為地法主義に基づく17条の一般則の変種ないしは明確化であると捉え、この理解に基づいて若干の解釈論上の提言を行った⁽¹²¹⁾。この意味で、法適用通則法においても不法行為地法主義は依然としてその原則的な妥当性が認められている⁽¹²²⁾。さらにまた、遍在理論のように準拠法の選択権を与えるなどして被害者を実質法的に保護する立場には、

17条以下は一貫して立っていないことも、規定の解釈の際に留意すべきポイントとなる。

もっとも、不法行為地法主義がなお原則的妥当性を有していることは、それが例外なしに常に妥当性を有するということは意味しない。法適用通則法においても、20条の例外条項、とりわけ当事者の同一常居所地法の優先と附従的連結、さらには21条による当事者自治が導入されている。また、20条は21条とは異なり、最密接関係地法原則に基づいている点では17条から19条と同様であるが⁽¹²³⁾、それでも17条以下が立脚している不法行為地法主義の性格を変化させるものである。すなわち、不法行為地法主義の基礎づけのうち、不法行為制度のもつ公共的性質、不法行為地の公益の重視は、後退を余儀なくされる。20条が例外条項発動の事情として例示する2つの場合は、スイスの立法理由書の表現を使えば、同一常居所地法の優先は当事者間の事実関係がそこに社会的にはめ込まれていること、附従的連結は当事者間の特別の關係に法的にはめ込まれていることに基づいているが、これらは不法行為地法主義のもう1つの基礎づけである、当事者間の利害關係の調整と整合的であるからである。21条による当事者自治の導入もこの変容を強める。なおこのほかに、17条以下と20条との關係については、法的安定性と具体的妥当性のバランスをどのようにとるかという観点も考慮して、解釈がなされる必要があろう⁽¹²⁴⁾。

しかしながら、以上のような17条から21条までの不法行為準拠法決定の精緻化の努力は、22条の存続により台無しにされるおそれがある。22条を全面的な日本法の累積適用と解するのであれば、とりわけ、新たに導入された20条や21条との關係であまりに不合理な帰結がもたらされる。今後は、改正前よりもむしろ増した22条の弊害を取り除くために、同条の縮小的解釈がより積極的に試みられるべきであろう。

(1) 法適用通則法の不法行為の部分に関する文献として、現在次のものがある。

奥田安弘「法の適用に関する通則法の不法行為準拠法に関する規定」国際私法年報8号(2006)40頁、植松真生「新国際私法における不法行為一法の適用に関する通則法17条、18条および19条の規定に焦点をあてて—」国際私法年報8号(2006)65頁、高杉直「法適用通則法における不法行為の準拠法—22条の制限的な解釈試論」

ジュリ 1325号 (2006) 55頁, 中野俊一郎「法適用通則法における不法行為の準拠法について」民商 135巻6号 (2007) 931頁。

筆者は新法制定直後に、中西康「不法行為の扱いについて」ひろば59巻9号(2006) 34頁を公表したが、そこでは実務家を念頭に置いて新規定の概要・位置づけをごく簡単に解説した。これに対して本稿は主に、細かな解釈論上の問題を検討している。

- (2) なお本稿で取り上げている、ヨーロッパを中心とする比較法的動向・立法例については、法例研究会『法例の見直しに関する諸問題(2)』(別冊 NBL 85号, 2003)のほか、Kadner Graziano, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen* (2004) 参照。
- (3) 西谷祐子「新国際私法における不法行為の準拠法決定ルールについて」NBL 813号 (2005) 36頁の整理を参照。
- (4) 例えば、外国旅行中に自動車事故にあい、帰国後に入院加療を受け、休業した場合の、治療費がかかり休業により給与を受け取れなかったという損失が発生した本国。
- (5) そのような解釈をした旧法下での裁判例として、千葉地判平成9年7月24日判時1639号86頁。また、東京地判昭和40年5月27日下民集16巻5号923頁も、そこで基準とされた日本で発生した損害は、派生的なものに過ぎないと思われる。森田博志「不法行為の準拠法の決定における『原因事実発生地』の解釈」千葉17巻3号(2002)111頁以下はこのような解釈を支持するが、これは一律に不法行為地(原因事実発生地)法へと連結していた法例11条1項の下での解釈論的努力であったと言うべきである。中西・前掲注(1)36頁, 神前禎『解説 法の適用に関する通則法』(2006)119頁。法適用通則法17条についても引き続きこのような解釈を主張するものとして、石黒一憲『国際私法〔第2版〕』(2007)352頁。
- (6) 小出邦夫ほか『『国際私法の現代化に関する要綱』の概要』『法の適用に関する通則法関係資料と解説』(別冊 NBL 110号, 2006)57頁, 神前・前掲注(5)119頁, 櫻田嘉章『国際私法〔第5版〕』(2006)232頁, 澤木敬郎=道垣内正人『国際私法入門〔第6版〕』(2006)238頁, 中西・前掲注(1)35頁, 高杉・前掲注(1)55頁以下, 奥田・前掲注(1)44頁, 中野・前掲注(1)936頁。従来の裁判例のうち、東京地判昭和60年7月15日判時1221号120頁も参照。この理解からすると、例えば、被害者死亡の場合に、扶養利益を喪失したとする遺族による賠償請求,あるいは精神的損害を受けたとする遺族による慰謝料請求については、これらの損害は間接的損害として17条の連結点とならない。フランスの破毀院2003年10月28日判決 (Rev. crit. DIP 2004, 83)も、カンボジアでのツアー事故に対してフランス人遺族が旅行会

社を訴えた事案で、このように判断してフランス法の適用を否定している。

- (7) 例えば EU で 2007 年 7 月に制定された、契約外債務の準拠法についてのいわゆるローマ II 規則 864/2007 号 (OJ 2007, L 199/40) 4 条 1 項は、損害 (damage) という用語を用いてそれが生じた地の法を準拠法としているものの、行為の間接的な結果 (indirect consequences) が生じた地は無関係であると定めることで、損害が直接的なものに限定されて前掲注(6)の本文のような概念であることを明らかにしている。
- (8) 例えば、佐野寛「不法行為地の管轄権」高桑昭＝道垣内正人編『国際民事訴訟法(財産法関係)』(新・裁判実務大系第 3 巻, 2002) 93 頁, 中間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『国際民事手続法』(2005) 60 頁参照。EU におけるブリュッセル I 条約・規則 5 条 3 号の不法行為地に関する欧州司法裁判所の判例 (Case C-364/93, Marinari, [1995] ECR I-2719) もこのような理解である。
- (9) 浦川道太郎ほか「不法行為法の新時代を語る」法時 78 巻 8 号 (2006) 4 頁以下。
- (10) 例えば、加藤雅信編『損害賠償から社会保障へ』(1989)。
- (11) 能見善久「比較法的にみた現在の日本民法—経済的利益の保護と不法行為法(純粋経済損失の問題を中心に)」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 I』(1998) 619 頁および Zweigert/Kötz, Introduction to Comparative Law, 3rd ed. (1998), Chap. 40 参照。
- (12) Kadner Graziano, supra note (2), p. 94 参照。
- (13) 浦川ほか・前掲注(9) 8 頁 [山本発言]。
- (14) スイス国際私法 133 条 2 項, オランダ 2001 年法 3 条 2 項, ポルトガル民法 45 条 2 項, ロシア民法 1219 条 1 項, スロベニア国際私法 30 条 1 項など。なお, ローマ II 規則 4 条 1 項はこのような要件を定めていない。
- (15) この要件を定める諸国において, 訴訟上どのような処理がされているかははっきりしない。例えばスイスについて, BSK IPRG-Umbricht/Zeller, 2. Aufl. (2007), Art. 133 N 11 には, 加害者側の負担との見解や職権で審査されるとの見解が紹介されているが, これが問題とされた裁判例は示されていない。
- (16) 奥田・前掲注(1) 44 頁。
- (17) 法例研究会・前掲注(2) 86 頁以下, 法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」(平成 17 年 3 月 29 日。以下では「要綱中間試案補足説明」と略称) 89 頁参照。なお, 「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」は, 以下では「要綱中間試案」と略称。
- (18) 不正競争に関する従来の裁判例として, 東京地判平成 3 年 9 月 24 日判時 1429 号 80 頁, 東京地判平成 15 年 10 月 16 日判時 1874 号 23 頁, 大阪地判平成 16 年 11 月

9日判時1897号103頁, 知財高決平成17年12月27日(判例集未登載, 平成18年度重判解(ジュリ1332号)295頁参照)。学説は, 横溝大「抵触法における不正競争行為の取り扱い」知的財産法政策学研究12号(2006)185頁およびそこに引用の文献を参照。

(19) 民集56巻7号1551頁。

(20) 奥田・前掲注(1)42頁。

(21) Kadner Graziano, "The law applicable to product liability: The present state of the law in Europe and current proposals for reform," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 2 (2005), p. 478 参照。なお, ローマⅡ規則5条については後掲注(26)・(40)参照。

(22) この条約に関しては, 高桑昭「生産物責任に適用される法律に関する条約について」*際商*2巻2号(1974)11頁, ウィリス・L・M・リース(高橋一修訳)「ハーグ会議と生産物責任に適用される法に関する条約」*際商*5巻2号(1977)1頁, アデア・ダイアー(道垣内正人=織田有基子訳)「四半世紀を迎えた製造物責任の準拠法に関するハーグ条約(上・下)」*民情*93号8頁, 94号8頁(1994)など参照。

(23) スイス国際私法135条1項, イタリア国際私法63条。このほかに, ロシア民法1221条1項, ルーマニア国際私法114条, エストニア1994年法166条, ベラルーシ民法1130条など。なおこのうち, ルーマニア, エストニア, ベラルーシは, 保護の対象を消費者に限定している。

(24) ドイツ民法施行法40条1項。このほか, 高杉直「米国の国際私法の現状と課題—製造物責任の準拠法問題を中心に—」*国際私法年報*5号(2003)21頁, 37頁によると, 米国における学説の多くはこのような被害者の選択権を認めるようであるが, 紹介されている裁判例は必ずしもそうではないように思われる。

(25) *IPRax* 1988, 363.

(26) なおローマⅡ規則5条は, 生産物が市販されていた(*marketed*)ことを付加要件として被害者常居所地法, 生産物取得地法, 損害発生地法を段階的に準拠法にしている(5条1項前段)が, これが第2の立場でないことは明らかであるが, 第1か第3かどちらの立場であるかに関しては微妙である。段階的な連結になっている点を強調すれば第1の立場に近いと言えるが, どの段階でも生産物の市販されていたことを考慮しているのでこの点に着目すればむしろ第3の立場に近いとも言える。

(27) 佐野寛「生産物責任の法選択に関する一考察(1-3・完)」*名法*91号1頁, 97頁, 114頁, 99号230頁(1982-1984), 国際私法立法研究会「契約, 不法行為等の準拠法に関する法律試案(2・完)」*民商*112巻3号(1995)487頁, 奥田安弘「国際私法の現代化に関する要綱中間試案について」*中央ロー・ジャーナル*2巻2号(2005)

17頁。

- ㉞ 木棚照一ほか『国際私法概論』（第4版，2005）159頁〔松岡博執筆〕，多喜寛『国際私法の基本的課題』（1999）112頁，高杉直「ヨーロッパ共同体の契約外債務の準拠法に関する規則（ローマⅡ）案について—不法行為の準拠法に関する立法論的検討—」国際103巻3号（2004）26頁，中野俊一郎「国際私法の現代化に関する要綱中間試案と国際取引（下）」JCA 52巻9号（2005）6頁。
- ㉟ 要綱中間試案補足説明・前掲注⑴7 85頁，小出ほか・前掲注⑵60頁。
- ㊱ ヨーロッパ諸国における離婚準拠法の決定は，やや方法が異なるものの，このような考慮をしていたと考えられるのではなからうか。横山潤『国際家族法の研究』（1997）128頁参照。
- ㊲ 佐野・前掲注⑶「⑵」132-133頁に紹介される見解を参照。
- ㊳ 例えば，MünchKomm/Junker, 4. Aufl. (2006), Art.40 EGBGB RdNr. 155の紹介を参照。
- ㊴ 「生産物が流通におかれ消費者に取得されるまでの地」を市場地とすることを提案していた野村美明「国際私法の現代化に関する要綱案について」判タ1186号（2005）72頁は，このような理解であろう。
- ㊵ Kadner Graziano, supra note ⑵, p. 477.
- ㊶ 小出ほか・前掲注⑵60頁。
- ㊷ なお，供給された原料または部品を用いてメーカーが製造した完成品から，原料または部品の欠陥を原因に事故が発生した場合において，メーカーから原料・部品供給者への求償については，18条が適用されその際には当該原料・部品の引渡し地が連結点となる。もっとも，最終的には20条による附従的連結が優先する。東京地判平成10年5月27日判時1668号89頁や，国際裁判管轄についてであるが東京地中間判平成18年4月4日判時1940号42頁のような事例である。したがって，18条の適用上，被害者毎に別個に，生産物の引渡しを受けた地が基準となる（ただし，後述の，引渡しを受けた被害者に従属する者は別）。
- ㊸ 澤木＝道垣内・前掲注⑵244頁参照。
- ㊹ 奥田・前掲注⑴46頁。
- ㊺ 例えば，スイス国際私法135条1項b号は，「加害者の同意なしに製造物が当該国において流通したことが加害者によって証明されない限りにおいて」とする。
- ㊻ ローマⅡ規則の場合，当初の委員会提案（COM（2003）427 final）4条は，スイスやイタリアと同様の製造業者の抗弁を認めていた。同条は実質的に被害者を保護していたわけではないが，端的に，被害者常居所地法を準拠法としており，生産業者側よりも被害者側に場所的に非常に近い準拠法であり，このような抗弁でバラ

- ンスを取っていたとみることがやはりできる。実際、成立したローマⅡ規則5条では、原則的準拠法に対する加害者側の抗弁は、当該生産物または同種の実産物がその国で市販されていることについて合理的に予見できなかったことになっている(5条1項後段)。これは、原則的準拠法が、生産物が市販されていた (marketed) ことを付加要件として被害者常居所地法、生産物取得地法、損害発生地法へと段階的に連結するようになったこと(5条1項前段)と対応しているのではなからうか。
- (41) MünchKomm/Junker, supra note 32, Art.40 EGBGB RdNr. 155 参照。
- (42) 植松・前掲注(1) 80 頁は、後述のバイスタンダーの場合に基本的には18条ではなくて17条によるが、予見不能な場合に17条で加害行為地法によることが不適切としてその部分は18条ただし書の準用を主張している。しかしながら、本文のように理解すれば、17条ただし書の「加害行為が行われた地」は生産業者等の主たる事業所所在地と解釈できるので、その必要はない。
- (43) 小出ほか・前掲注(6) 60 頁注 44。
- (44) Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4th ed. (2005), art. 139, no 9, Bucher/Bonomi, Droit international privé (2001), no. 1098 など参照。
- (45) なお、ヨーロッパ全体としては、バイスタンダーを生産物責任の特則の適用範囲に含めない見解の方が一般的であるように思われる。Kadner Graziano, supra note 2, p. 69 参照。
- (46) 櫻田・前掲注(6) 235 頁, 澤木=道垣内・前掲注(6) 242 頁, 神前・前掲注(5) 129 頁, 中西・前掲注(1) 37 頁, 高杉・前掲注(1) 56 頁, 植松・前掲注(1) 80 頁。これに対して奥田・前掲注(1) 47 頁は、バイスタンダーに対する責任も18条の適用範囲に含まれているが、連結点に欠缺があり、条理により補充すべきとする。
- (47) ドイツでも従業員などについては、同様の議論がある。Staudinger/von Hoffmann, 13. Aufl. (2001), Art 40 EGBGB Rn 98 参照。
- (48) 奥田・前掲注(1) 47 頁は、前掲注(46)末尾のように連結点の欠缺と捉え、製造業者に対する乗客からの請求について、航空機事故の場合は航空会社の事業所所在地法、同様に陸上・海上運送についても、運送会社の事業所所在地法によるとする。しかし、仮に18条の適用があるとすれば、18条が規定する連結点から類推して欠缺している連結点を探索していくべきであり、乗客を基準にして搭乗した地を「引渡し」を受けた地と考えていくか、あるいは乗客を運送会社に従属するものと考えて運送会社が引渡しを受けた地を基準とするかのいずれかなのではなからうか。
- (49) 出口耕自「国際私法上における名誉毀損」上法 38 卷 3 号 (1995) 125 頁, 中西康「出版物による名誉毀損事件の国際裁判管轄に関する欧州司法裁判所 1995 年 3 月 7 日判決について」論叢 142 卷 5・6 号 (1998) 181 頁参照。なお、生産物責任につ

いてと同様に、加害行為地がどこであるかについても議論が分かれているが、この点は出口・前掲に譲る。

- 52) 例えば、Gaudemet-Tallon（中西・前掲注(49) 189 頁参照）の見解。
- 53) 例えば、Heldrich（出口・前掲注(49) 140 頁参照）や Huet（中西・前掲注(49) 189 頁参照）の見解。
- 54) 例えば Kreuzer の見解（出口・前掲注(49) 141 頁参照）、欧州司法裁判所 Shevill 先決裁定の立場（Case C-68/93. 中西・前掲注(49) 192 頁以下参照）、道垣内正人『ポイント国際私法各論』（2000）247 頁。この立場は、Shevill 先決裁定の影響を受けて、最近ではヨーロッパでも有力化しているように思われる。Kadner Graziano, *supra* note(2), p. 83ff. 参照。
- 55) 要綱中間試案補足説明・前掲注(7) 88 頁参照。
- 56) 要綱中間試案補足説明・前掲注(7) 88 頁、櫻田・前掲注(6) 235 頁、高杉・前掲注(1) 57 頁、奥田・前掲注(1) 48 頁、植松・前掲注(1) 77 頁、櫻田嘉章ほか「法適用通則法の成立をめぐる」ジュリ 1325 号（2006）30 頁〔西谷発言〕などの、19 条の説明を参照。
- 57) 中西・前掲注(49) 207 頁、芳賀雅顯「名誉毀損の国際裁判管轄権」櫻井雅夫編集代表『EU 法・ヨーロッパ法の諸問題』（石川古稀，2002）465 頁。
- 58) 従来の裁判例で、東京地判平成 4 年 9 月 30 日判時 1483 号 79 頁は、家族を日本に残しマレーシアとシンガポールで活躍していた日本人騎手が、日本のスポーツ紙により虚偽の事実を報道され、日本だけでなくマレーシアとシンガポールのマスコミ、競馬関係者の間にも周知のところとなった結果、名誉・信用を毀損された事案であるが、1989 年 1 月から海外で活動し、問題の記事は 1990 年 9 月 26 日のものであり、また、家族は日本で被害者の留守を守っているとのことであるから、被害者の常居所地は日本にあり、19 条の下でも日本法が準拠法となると思われる。
- 59) なお、弱者である被害者の保護という観点から被害者常居所地法主義を捉えることも考えられる。出口・前掲注(49) 150 頁は、法例 11 条の解釈論としては、原則として不法行為地法、不法行為地とは結果発生地（名誉が侵害された地）、結果発生地が複数認められる場合には、その結果発生地のうち、被害者が常居所を有する地、もしその地がないときには、被害者に最も密接な関係ある地を結果発生地とすると主張していた。これに対して、出口耕自「アメリカ抵触法における名誉毀損」上法 42 巻 1 号（1998）106 頁では、消費者契約や生産物責任における被害者（消費者）保護の観点からの被害者の常居所地法主義との平行で、名誉毀損について立法論として被害者常居所地法を主張した。しかし、生産物責任に関する 18 条や消費者契約に関する 11 条をみる限り、「弱者」側の常居所というだけでそれを準拠法として

いるわけではなく、このような法適用通則法の一般的傾向からは19条を弱者保護の観点だけから説明するのは難しいであろう。

- 58) 植松・前掲注(1) 78 頁の紹介参照。
- 59) 前提が異なっているが(加害者の予見可能性を要件として)被害者常居所地法を被害者の選択肢の1つにしているスイス国際私法139条1項a号について、多数説は、被害者常居所で結果が発生していない場合には被害者常居所地法は選択肢にならないとしている。Vischer, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. (2004), Art. 139 N 9, Dutoit, supra note (44), art. 139, no 9.
- 60) 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁(北方ジャーナル事件)。通説も同様で、例えば、五十嵐清『人格権法概説』(2003)24頁およびそこに引用の文献参照。
- 61) 下民集15巻9号2317頁(「宴のあと」事件)。
- 62) 潮見佳男『不法行為法』(1999)68頁, 77頁参照。
- 63) 澤木=道垣内・前掲注(6) 246頁, 神前・前掲注(5) 134頁, 高杉・前掲注(1) 57頁。名誉又は信用の毀損という文言が用いられた背景には、名誉と違ってプライバシー概念はなお完全に確立しておらず法令中で用いられる例が少ないこと、他方で人格権の侵害という文言を使うことも、人格権には多様な用いられ方をして(例えば公害・環境訴訟における差止の根拠としての人格権)プライバシー以上に曖昧で法令で用いるには熟していない、というような事情があったのではなかろうか。
- 64) なお、プライバシー侵害が問題となった従来の裁判例として、東京地判平成7年3月30日判時1529号42頁がある。準拠法判断はされずに日本法が適用されているが、被害者常居所は日本のままと考えられ、法適用通則法19条の下でも日本法が準拠法となろう。
- 65) 判時817号23頁(マーク・レスター事件)。イギリスの著名な子役俳優が出演した映画の場面无断でテレビCMに利用された事件で、損害賠償が認められた。
- 66) 判時981号19頁(ステイーブ・マッキーン事件)。
- 67) 判時1644号141頁(キング・クリムゾン事件)。
- 68) 澤木=道垣内・前掲注(6) 246頁, 高杉・前掲注(1) 57頁。
- 69) 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』(2003)506頁, 五十嵐・前掲注(60) 185頁参照。
- 70) では、上記の裁判例はいずれも準拠法について判断せずに日本法を前提に判断しており、現行法の下では19条により、被害者常居所地法である外国法に基づき判断されるという処理がなされるべきなのであろうか。これについては上述の解釈論により、上記の裁判例ではいずれも被害者の常居所地では結果がほとんど発生してい

ないと考えられるので、被害者常居所地法によらずに主な結果発生地である日本法が適用されると考えることができよう。

- ⑦1 要綱中間試案・前掲注⑦第7-2(1)A案および7-3(1)A案。
- ⑦2 小出ほか・前掲注⑥59頁。
- ⑦3 事件処理の容易さというような都合を持ち出すべきではない。また、不法行為地法へと一律に連結していた法例11条と異なり、法適用通則法では、不法行為地の公益の側面は後退しており、当事者間の利害調整という側面が前面に出ている。
- ⑦4 中西・前掲注①39頁、奥田・前掲注①50頁、中野・前掲注①945頁。
- ⑦5 中西・前掲注①40頁、奥田・前掲注①50頁、中野・前掲注①945頁。
- ⑦6 スイス国際私法133条1項、ドイツ民法施行法40条2項、イタリア国際私法62条2項、ローマⅡ規則4条2項など。一般的には、Kadner Graziano, *supra* note (2), p. 36 参照。ドイツの状況に関しては、中野俊一郎「渉外的道路交通事故と共通属人法の適用—ドイツ判例理論の展開—」神戸41巻1号(1991)129頁、国友明彦「契約外債務に関するドイツ国際私法の改正準備(3)」法雑38巻3・4号(1992)668頁参照。
- ⑦7 要綱中間試案補足説明・前掲注⑦73頁。
- ⑦8 塚場準一「法例の改正規定と常居所基準説の論拠について」国際90巻2号(1991)15頁。それによると、ハーグ条約における常居所は、「本国法に代わる場合は社会的統合を重要な要素とした安定性の存る基準であることが望まれている。これに対して、扶養義務など保護法的な事項に関しては、…安定性や社会的統合は必ずしも決定的・不可欠の要素ではない」(同17頁)。
- ⑦9 スイス20条1項b「常居所は、たとえ期間があらかじめ限定されていたとしても、相当の期間居住する国に有する」。
- ⑧0 MünchKomm/Sonnenberger, *supra* note (32), Einl. IPR RdNr. 731, Staudinger/von Hoffmann, Art 40 EGBGB Rn 398.
- ⑧1 例えば、離婚事件の国際裁判管轄に関するEUのいわゆる新ブリュッセルⅡ規則2201/2003号3条は、原告常居所地国管轄について、一般には1年間の常居所、原告本国の場合なら6ヶ月の常居所で、管轄を認めている。つまり、その程度の期間で常居所が認定されうることが前提となっている。
- ⑧2 大阪地判昭和62年2月27日判時1263号32頁、横浜地判平成5年9月2日交民集26巻5号1151頁、千葉地判平成9年7月24日前掲注⑤、大阪高判平成10年1月20日判タ1019号177頁などは、海外への短期の旅行、短期の出張、短期の語学留学などの事案であり、いずれも両当事者とも日本に常居所があるとされるであろう。やや微妙なのは、岡山地判平成12年1月25日交民集33巻1号157頁である。

日本人留学生同士のアメリカでの交通事故の事案であるが、短期の語学留学ではなく、加害者2名はサウスダコタ州のヒューロン大学の学生、被害者はその大学入学のために附属英語学校に通っていた。少なくとも加害者については事故当時でも、常居所がサウスダコタ州にあったと言えるのではなからうか。したがって、20条は発動しない。なお、この事案では加害者が複数いて、自動車の運転手とその自動車の所有者である。前掲注(73)とその本文で述べたように、それぞれの加害者毎に、被害者との同一常居所地の有無が判断されるべきである。

- (83) 短期旅行者については問題がないが、留学生や労働者については常居所が本国ではなく日本に認定できないかが問題となる。例えば、東京高判平成7年12月27日判タ929号233頁は、中国人留学生同士の喧嘩の事案であるが、留学の在留資格で数度の在留期間更新を経ている者であり、両当事者とも常居所が日本にあるとされよう。
- (84) スイス国際私法133条3項、ドイツ民法施行法41条2項、ローマII規則4条3項など。一般的には、Kadner Graziano, supra note (2), p. 40 参照。
- (85) 要綱中間試案補足説明・前掲注(77)76頁。従来の裁判例のうち、東京地判平成10年5月27日前掲注(83)は、法適用通則法の下では附従的連結で処理されたであろう。また、知財高決平成17年12月27日前掲注(88)は不正競争を理由とする差止請求について条理によるとして、当事者間の共同開発契約又はその合意解除(約)に付随することを考慮して準拠法を決定している。
- (86) 櫻田ほか・前掲注(64)32頁〔小出發言〕。
- (87) このほかに、神戸地判平成6年2月22日判タ851号282頁のような、夫婦間の不法行為についても同様である。従来は法性決定の問題として議論がなされてきたが、そこでの議論の実質は、夫婦という当事者間の特別の関係と、損害賠償の原因となっている様々な行為に関連があるかという、ここでの②の点である。なお、附従的連結をするならば、離婚準拠法(27条)ではなく夫婦間の身分的効力(25条)の準拠法へよらせるべきではなからうか。
- (88) 詳細は、国友明彦『国際私法上の当事者利益による性質決定』(2002)89頁参照。
- (89) 国友明彦「契約外債務に関するドイツ国際私法の改正準備(2)」法雑38巻2号(1992)235頁による。
- (90) Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, 284.222.
- (91) Heini, Zürcher Kommentar zum IPRG, supra note (59), Art. 133 N 17.
- (92) 国友・前掲注(76)676頁による。
- (93) 訳は、国友・前掲注(88)63頁による。

- 94 Staudinger/von Hoffmann, Art 41 EGBGB Rn 10.
- 95 国友・前掲注98 87 頁注 48 (ただし, 法例 11 条の下で議論のため, 契約への一体的法性決定説の立場から議論している), 奥田・前掲注(1) 61 頁注 41。
- 96 高杉・前掲注(1) 58 頁。
- 97 なお, 契約に関する黙示の合意の探求の限界については, 中西康「契約に関する国際私法の現代化」ジュリ 1292 号 (2005) 27 頁の記述が, 法適用通則法 7 条についても妥当すると考える。
- 98 澤木=道垣内・前掲注(6) 252 頁。
- 99 なお, 不法行為発生後の事後の合意に限っていることから, 11 条・12 条の弱者保護とは利益状況が異なり, これらの規定の類推などでの弱者保護は不要である。「将来において生ずる」紛争を対象とする仲裁合意に関する弱者保護を定める, 仲裁法附則 3 条・4 条も参照。もっとも, 附従的連結されるのが例えば消費者契約である場合にはそれに 11 条が適用され, 結果として不法行為法上の請求にも弱者保護が及ぶのは当然である。以上から, 神前・前掲注(5) 152 頁以下の議論は, 不法行為発生後の準拠法変更については疑問がある。
- 100 奥田・前掲注(1) 52 頁参照。その意味で, 千葉地判平成 9 年 7 月 24 日前掲注(5)が, 「原告も被告も, 準拠法についての格別の主張をすることなく, 我が国の法律によることを当然の前提として, それぞれに事実上及び法律上の主張を展開して」いることだけで, 「両者ともに日本法を準拠法として選択する意思」としたのは, 法適用通則法 21 条の下では問題であろう。
- 101 中西・前掲注97 32 - 33 頁の記述が, 法適用通則法 7 条についても妥当すると考える。
- 102 MünchKomm/Junker, supra note 92, Art.42 EGBGB RdNr. 9 FN 32 の紹介を参照。
- 103 要綱中間試案補足説明・前掲注(7) 81 頁。
- 104 中野・前掲注(1) 947 頁。
- 105 もっとも, わが国で広く用いられている責任保険の約款によると, あらかじめ保険会社の承認を得ないで損害賠償責任の全部または一部を承認しないことが保険契約者・被保険者の義務とされており, これに違反した場合, 保険会社が損害賠償責任がないと認めた額を控除して填補額を決定することができる。したがってわが国の保険実務では, 保険契約上そもそも保険会社は保護されている。なお保険会社が, 加害者本人による示談中の準拠法変更に同意を与えた場合は, その権利を害されないので 21 条但書の保護を受けない。
- 106 要綱中間試案補足説明・前掲注(7) 81 頁。
- 107 中野・前掲注98 4 頁。

- (108) ただし、解釈論としては文言通りに事前の合意を認めない見解も多い点には注意する必要がある。MünchKomm/Junker, supra note 92, Art.42 EGBGB RdNr. 16 参照。
- (109) 当初の委員会提案 (COM (2003) 427 final) 10 条 1 項。
- (110) 中野・前掲注(1) 948 - 949 頁。
- (111) ドイツの事情について、中野俊一郎「不法行為に関する準拠法選択の合意」民商 102 巻 6 号 (1990) 771 頁, MünchKomm/Junker, supra note 92, Art.42 EGBGB RdNr. 18 参照。
- (112) 中野・前掲注92 4 頁によれば、非国家法を契約準拠法に指定する場合に附従的連結は機能しない (例えば国連ウィーン動産売買条約に不法行為に関する規定はないということか) などと指摘するが、奥田・前掲注(1) 61 頁注 47 のいうように、あまりに例外的な事例ではなからうか。
- (113) 西谷・前掲注(3) 36 頁, 42 頁の整理を参照。
- (114) 少数説の代表として、折茂豊『国際私法 (各論)』(新版, 1972) 185 頁, 186 頁。
- (115) 小出ほか・前掲注(6) 60 頁。
- (116) 中野・前掲注(1) 953 頁, 高杉・前掲注(1) 61 頁。
- (117) 例えば、千葉地判平成 9 年 7 月 24 日前掲注(5)は、日本法適用の理由の 1 つとして、法例 11 条 2 項・3 項も挙げていた。また、東京地判昭和 40 年 5 月 27 日前掲注(5)も、「損害発生地の一部は日本であり、その余はアメリカ合衆国カリフォルニア州である」としつつも、法例 11 条 2 項・3 項に言及し、カリフォルニア州法の適用はなく、日本法のみが適用されるものと判示している。
- (118) 21 条による準拠法変更があった場合に 22 条による日本法の累積適用に反対する見解として、神前・前掲注(5) 156 - 157 頁, 奥田・前掲注(1) 55 頁。
- (119) 20 条による附従的連結がされた場合に 22 条による日本法の累積適用に反対する見解として、奥田・前掲注(1) 55 頁。
- (120) 国友・前掲注98。
- (121) 18 条に関する市場地の理解やバイスタンダーの扱い, 19 条における前掲注99)に対応する本文の処理の提案など。
- (122) 不法行為地法主義の原則的妥当性について、折茂豊『涉外不法行為法論』(1976) 357 頁, 中野・前掲注(1) 935 頁。
- (123) 不法行為地法主義の緩和を主張したピンダーの見解に対する、折茂・前掲注122) 156 頁の評価を参照。
- (124) この点については、中西・前掲注(1) 35 頁, 43 頁参照。